Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
civiliſtiſche Praxis.

Siebenzehnter Band. Erſtes Heft.

I.

Ueber die unbeſtimmte Verbindung eines General-Pfandes mit einem Special-Pfande, und umgekehrt.

Von A. F. J. Thibaut.

Seit der Gloſſe haben die verſchiedenartigſten Anſichten darüber Statt gefunden, welche Wirkungen die, in der Ueberſchrift dieſer Abhandlung erwähnten mehrfachen Verpfändungen haben. Mit voller Genauigkeit hat noch Niemand darüber gehandelt, auch iſt namentlich der Punkt, den ich oben durch und umgekehrt hervorheben wollte, und deſſen große Bedeutung ſich nachher ergeben wird, nur zu oft gänzlich unbeachtet geblieben. Wenn ſich nun auch in Beziehung auf den Gegenſtand dieſer Abhandlung, bei der Mangelhaftigkeit der Geſetze, nicht die volle proſaiſche Befriedigung ſchaffen läßt, ohne welche Manchem die Luft ausgeht, ſo glaube ich doch, daß freies Urtheil, in Verbindung mit geſetzlichen Fingerzeigen, zu einem genügenden Reſultate führen kann, ungefähr wie auch die Römiſchen Juriſten zu einer Befriedigung zu kommen pflegten, ohne ihr Heil von dem Buchſtaben erſchöpfender Geſetze abhängig zu machen.

Im Allgemeinen ſind alle Theile darüber einverſtanden, daß bei einer unbeſtimmt Statt gehabten Verbindung des Gegeral- und Special-Pfandes der Beſitzer generell verpfändeter Sachen unter Umſtänden verlangen kann, es ſolle die ſpeciell verpfändete Sache zuerſt in Anſpruch genommen werden. Man nennt dieß die exceptio excussionis realis, und bezeichnet dann durch den Ausdruck exceptio excussionis personalis die, durch Nov. 4. dem dritten Beſitzer der Pfandſache allgemein geſtattete Einrede, wodurch er den klagenden Pfandgläubiger an den Schuldner und deſſen Stellvertreter zurückweiſen darf. Die letzte Einrede kann, wie ſich nachher ergeben wird, indirect auf die erſte wieder einwirken. Noch weit mehrere indirecte Einwirkungen würde es geben, wenn es wahr wäre, was milde Praktiker ſo oft allgemein ausgeſprochen haben, nämlich daß überhaupt der Pfandgläubiger angehalten werden könne, ſich zuerſt an die, dem Verpfänder entbehrlichſten Sachen zu halten [1]). Allein die geſetzliche Regel über das völlig freie Wahlrecht des Pfandgläubigers [2]) iſt dawider, und kein Geſetz iſt dafür. Denn L. 2. C. de pignor (8. 14.), worauf ſich die Praktiker berufen, ſpricht bloß von der exceptio excussionis realis, und ihre zweite Stütze, nämlich 47. de jure fisci (49. 14.), geſtattet bloß in einem einzelnen Falle die exceptio excussionis personalis, welche nach dem Pandektenrechte ganz gewiß nicht allgemein zugelaſſen war, und erſt durch Nov. 4. in einem ſehr weiten Umfange eingeführt iſt [3]).

---

1) Mevius P. 2. Dec. 285. G. F. Höfichen (Praes. C. F. Rechenberg) creditoris hypothecarii aequale ius in bonis debitoris generaliter et specialiter obligatis. Lips. 1729. §. 6. F. Alef de viribus hypothecae generalis. Heidelb. 1762.

2) L. 2. pr. qui pot. (20. 4.) L. 8. de distr. pign. (20. 5.)

3) Glossa ad L. 47. pr. cit. Cuiacii exposit. Nov ad Nov. 3. (opp. T. II. p. 1035. 1036.)

Bleiben wir nun, nach dem Plane dieſer Abhandlung, bei der erwähnten exceptio excussionis realis, ſo muß ich zuvörderſt gegen die, nicht ſelten Statt gehabte Vermengung zweier, weſentlich verſchiedenen Dinge warnen. Meine erſte Warnung geht dahin, daß man durchaus nicht mit einander verwechſeln ſoll die zwei Fragen: welcher Beſitzer der übrigen Stücke des General-Pfandes hat die Einrede, daß ſich der klagende General- und Special-Pfandgläubiger zuerſt an die, ihm ſpeciell verpfändete Sache halten müſſe? und dann: hat der, an ſich zu dieſer Einrede Berechtigte dieſe Einrede unbedingt, oder nur inſofern, als gewiſſe Perſonen die ſpeciell verpfändeten Sachen beſitzen? Was die erſte Frage betrifft, ſo kann dabei nur unterſucht werden, ob die Einrede dem klagenden General- und Special-Pfandgläubiger bloß von einem andern Pfandgläubiger, oder auch vom Verpfänder ſelbſt, und von dritten Beſitzern entgegengeſetzt werden kann? Die Meinungen ſind darüber verſchieden, aber wie man auch die Antwort faßt, ſo iſt damit doch über jene zweite Frage keine Auskunft gegeben. So wird z. B. von Vielen angenommen, die exceptio excussionis realis finde nur dann Statt, wenn der General- und Special-Pfandgläubiger gegen einen andern Pfandgläubiger klage. Allein wenn man dieß auch zugibt, ſo kann man doch noch weiter fragen: hat der beklagte Pfandgläubiger die Einrede bloß dann, wenn die ſpeciell verpfändeten Sachen in der Hand des Verpfänders ſind, oder auch dann, wenn ſie ein Andrer, alſo ein dritter Pfandgläubiger, oder ein dritter Eigenthumsbeſitzer in Händen haben ſollte? Offenbar kann man das Letzte durchaus bejahen, ohne daß daraus gefolgert werden kann, jeder Beklagte, oder nur ein nachſtehender Pfandgläubiger habe die exceptio excussionis realis. Dennoch ſind beide Fragen, wie ſich nachher ergeben wird, nur zu viel mit einander vermengt.

Meine zweite Warnung bezieht ſich auf das, was ich in der Ueberſchrift dieſer Abhandlung durch die Worte und

umgekehrt andeuten wollte. Wenn nämlich dem Pfandgläubiger zugleich ein General- und Special-Pfand eingeräumt wird, ſo kann die Formel entweder ſo lauten: ich verpfände Dir dieſe und dieſe Species, und auch alle meine übrigen Güter; oder umgekehrt ſo: ich verpfände Dir meine ſämmtlichen Güter, und insbeſondre dieſe und jene einzelne Sache. Bei der erſten Formel kann dem Ausleger am natürlichſten der Gedanke entſtehen, daß das General-Pfand, weil es hinterherhinkt, nur ſubſidiariſch wirken ſollte. Allein bei der zweiten Formel iſt dieſe Auslegung unmöglich, weil durch den Ausdruck: meine ſämmtlichen Güter, gleich alle einzelnen Sachen des Verpfänders getroffen werden, alſo das Nennen einzelner Sachen nicht als ein Nachtrag zur Vervollſtändigung des Ganzen betrachtet werden kann. Will man alſo bei beiden Formeln zu demſelben Reſultate gelangen, ſo kann es nur durch ein ganz verſchiedenartiges Raiſonnement bewirkt werden. Dennoch hat man Beides bisher nicht mit voller Schärfe unterſchieden, und nur zu oft die Geſetze, welche bloß auf den Fall der erſten Formel gehen, bloß auf den Fall der zweiten Formel bezogen, oder von dem letzten auf den erſten geſchloſſen. Ich bekenne gern, daß ich auch eine gute Zeit hindurch in dieſer Hinſicht zu den Irrenden gehörte; aber offen beichtend werde ich jetzt die richtige Entſcheidung genau zu entwickeln ſuchen. Als das Weſentliche ſollen daher in dem Folgenden jene beiden Formeln zur Haupteintheilung benutzt werden. Wir wollen alſo nehmen:

I. Den Fall, wenn der Schuldner unbeſtimmt die General-Verpfändung nur gleichſam ſubſidiariſch vornimmt, alſo z. B. ſagt: ich verpfände Dir mein Wohnhaus, meinen Weinberg, und auch alle meine andern Güter. Ueber dieſen Fall haben wir nun vier Geſetze, welche zum Theil mit klaren Worten bloß darauf gehen, oder nach aller Wahrſcheinlichkeit nur darauf bezogen werden können, während eines derſelben nicht darauf geht, aber doch damit in Ver-

bindung gebracht iſt. Da ich mich überall darauf beziehen muß, ſo will ich ſie wörtlich nach der Recenſion der Gebauer-Spangenbergiſchen Ausgabe hieher ſetzen.

L. 15. §. 1. D. de pignor. (20. 1) (Gaius):

Quod dicitur, creditorem probare debere, quum conveniebat rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, quae cottidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis, cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet, et quae postea acquisierit, perinde ac si specialiter hae res fuissent obligatae.

L. 2. D. qui potior. (20. 4.) (Papinianus):

Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea praedium ex his bonis datur, quamvis ex ceteris pecuniam suam redigere possit. Quod si ea conventio prioris fuit, ut ita demum cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae generaliter accepit, servari non potuisset, deficiente secunda conventione, secundus creditor in pignore dato non tam potior, quam solus invenietur.

L. 2. C. de pignorib. (2. 14.) (Severus et Antoninus):

Quamvis constet, specialia quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, et aequale jus in omnibus habere, jurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea quae postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri praeses provinciae jubebit.

L. 9. C. de distract. pignor. (8. 28.) (Dioclet. et Maxim.):

Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus de-

trectantibus solutionem, bona fide debetis et solennitas vendere. Ita enim apparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit. Quod siquid deerit, non prohibemini, cetera etiam bona jure conventionis consequi.

Das erſte Fragment von Gajus iſt nun völlig klar, und das Wort cottidie begreift ſich darin leicht. Denn der Schuldner gibt gern ſo wenig als möglich zum Pfande, und am liebſten bloß das, was er im Fall der Zahlungsunfähigkeit am leichteſten entbehrt; aber der Gläubiger ſtrebt ſtets nach der vollſten Sicherheit, und fordert ſo lange Nachträge, bis nichts mehr nachgetragen werden kann. Guten Dienſt thut jenes cottidie für unſre Frage inſofern, als man ſagen kann: das Tagtägliche iſt zu vermuthen, und man kann alſo die Geſetze, welche nach dem Zuſammenhange auf einen Vertrag jener Art zu deuten ſcheinen, nun um ſo mehr mit Zuverſicht darauf beziehen.

Der erſte Satz der L. 2. D. cit. iſt ſonnenklar. Allein Papinians Nachſatz von den Worten: Quod si ea hat die größten Schwierigkeiten, wenn man darin mit der Florentina generaliter accepit lieſt, welche Lesart auch die Baſiliken und viele Vulgat-Manuſcripte haben. Um ein genügendes Reſultat zu erhalten, hat man hier alles Mögliche verſucht. Accurſius verſteht unter cetera bona gewiſſe einzelne Güter, wie es auch nach ihm Viele gethan haben [4]).

4) Namentlich wieder Glück 18. B. S. 225—251. Auch der neueſte Erklärungsverſuch von C. J. A. Baumbach Vertheidigung einer Florentiniſchen Lesart in L. 2. qui pot. Jena 1820. kann der Erklärung der Gloſſatoren als ein Simile an die Seite geſetzt werden, inſofern er in Beziehung auf das Wort cetera etwas Gleiches zum Grunde legt, alſo nicht zu loben iſt, wenn man nach der Sprache das cetera nicht als singula quaedam bona nehmen kann. Das Eigne dieſer neuen Erklärung will mir auch ſonſt nicht einleuchten. Denn wenn ihr zufolge der Nachſatz der L. 2. C. cit. ſagen ſoll:

Allein mit Recht hat dieſe Erklärung von jeher vielfachen Widerſpruch gefunden. Denn geht einmal das General-Pfand auf alle Güter, ſo ergreift es ſie auch ſämmtlich, mithin bleibt nichts weiter übrig, alſo auch nichts von ceteris bonis. Dazu kommt, daß dieſes cetera bona ein bloß negatives Indefinitum iſt, welches als ſolches nach der Sprache alle Dinge befaßt, welche nicht vorher beſonders ausgeſchieden ſind. Sagte man alſo in unſrer Mutterſprache, in Anſehung deren uns ein blindes elegantes Weſen noch nicht abgeſtumpft hat: ich verpfände Dir alle meine Güter, aber an meine übrigen Güter wage Dich nicht, ſo lange Dir die erſten Befriedigung gewähren, ſo würde ſchwerlich der Vorwurf des Unſinns unterbleiben. Um nun einem ſolchen Vorwurfe auszuweichen, haben bisher Manche einen andern Weg eingeſchlagen. Einige blieben bei dem Buchſtaben der Florentiniſchen Lesart der L. 2. D. cit., und ſuchten durch eine ſogenannte feinere Interpretation nachzuhelfen; Andere aber bedienten ſich der Hülfe der höheren oder niederen Kritik. Zu der erſten Partei gehören Maranus [5]) und Voores [6]), jeder mit eignen Anſichten. Der erſte meint, es laſſe ſich in Beziehung auf L. 2. D. cit. Alles in die Ordnung bringen, wenn man darin das cetera bona auf eine unbeſtimmte Verpfändung aller übrigen Güter, das generaliter aber auf die beſondre Verpfändung einer universitas rerum beziehe, welcher Erklärung ſich allenfalls Diejenigen erfreuen können,

---

Du kannſt die einzelnen Stücke nicht als Pfandgläubiger angreifen, welche ich von dem General-Pfande veräußerte, ſofern Du von den übrigen Theilen des letzten Deine Befriedigung zu erhalten vermagſt: ſo darf man wohl fragen, wie dieß zu dem, alle Güter umfaſſenden generaliter, und dann zu dem pignori habeantur paßt? Ich mag aber jetzt auf dieß Alles nicht näher eingehen, weil, wie die weiteren Erörterungen im Text zeigen werden, für das eigentliche Thema dieſer Abhandlung nichts darauf ankommt.

5) Comment. ad Pand. L. 20. T. 4. ad L. 2. D. cit.

6) Interpret. et emend. L. 2. c. 15.

welche neuerlich den Ausdruck: pignus generale nicht grade auf die Verpfändung aller Güter, ſondern überhaupt auf jede Verpfändung eines generis beziehen wollten. Dagegen hat Voorda das cetera bona bloß auf die wenigen Sachen beziehen wollen, welche nach L. 6 — 9. von dem, an allen Gütern geſtatteten Conventional-Pfande ausgenommen ſind. Allein beide Erklärungen haben keinen beſondern Beifall gefunden, und gewiß mit Recht. Denn wenn man auch wohl ſagen kann: generaliter libros obligavit, ſo kann man doch gewiß eben ſo gut ſagen: generaliter omnia bona obligavit. Gewaltſam iſt es alſo, wenn man in L. 2. D. cit. das unbeſtimmte Generaliter bloß auf die Verpfändung einer universitas rerum bezieht, und doppelt gewaltſam, da im Anfange des Fragments von bonis generaliter pignori acceptis in einem Sinn die Rede war, welcher doch nicht entfernt an das Special-Pfand einer universitas rerum erinnern könnte. Was Voorda verſuchte, das kann man allenfalls artig nennen, aber es vereinigt nur Worte ohne Geiſt. Denn wem könnte es einfallen, die wenigen Dinge, welche das Geſetz von der vertragsmäßigen allgemeinen Verpfändung aller Güter ausnimmt, und woran in der Regel kein Verpfänder, und kein halb barmherziger Pfandgläubiger denkt, durch das Unbeſtimmte: cetera bona zu bezeichnen?

Der kritiſchen Verſuche, um hier Rath zu ſchaffen, kenne ich nur zwei. Der eine iſt von A. Faber gewagt, welcher mit leichter Hand cetera in certa verwandelt [7]). Grobheiten hat er darüber genug zum Dank gehabt. Allein ich wüßte ihm nichts weiter zuzurufen, als: biſt Du ſchon wieder mit Deinem Radiermeſſer bei der Hand! Denn ſeine Emendation gehört hier nun einmal zu der, ſo oft empfohlenen leichten und natürlichen, auch führt ſie zu einem Reſultat, welches gewiß nicht zu verachten iſt. Aber dennoch ändert ſie Etwas, wozu aus keiner Handſchrift eine Aucto-

7) Coiecturae L. 6. c. 13.

rität beigebracht werden kann, und da muß natürlich der Widerwille gegen die ſchaffende Kritik ſeine Wirkung äußern. Viel beſcheidener war Cujacius [8], indem er mit Haloander in L. 2. D. cit. ſtatt generaliter accepit, vielmehr specialiter accepit lieſt, womit Alles bis auf den letzten Buchſtaben in die Ordnung kommt. Wenn bedeutende Rechtslehrer dieſen Verſuch gern gelten ließen, wie es der Fall war [9], ſo muß ich dieß billigen, zumal da überall die Abſchreiber am leichteſten fehlen konnten, und am mehrſten gefehlt haben, wo relata und contraria in Verbindung geſetzt ſind [10]. Denn Haloander, der eifrigſte Benutzer guter Handſchriften [11], hat das specialiter in ſeiner Ausgabe, und Charondas führt dieſe Lesart auch aus einer ſeiner Handſchriften an. Alſo haben wir hier, da bei der Reception des Römiſchen Rechts keiner Handſchrift ein votum decisivum gegeben iſt, die völlige Freiheit zur Wahl der beſten Lesart. Die Auctorität der Baſiliken kann hier auf keinen Fall entſcheidend ſeyn. Denn wir wiſſen nichts davon, daß die Verfaſſer derſelben das Ur-Exemplar der Pandekten benutzten, welches Juſtinians Geſetzgebungs-Commiſſion verfaßt hatte, und ſehr leicht können ſie ſpätere Abſchriften benutzt haben, welches ſogar wahrſcheinlich iſt,

---

8) Observatt. L. 11. c. 32.

9) Namentlich Bachov de pignor. L. 4. c. 5. Giphanius ad Cod. L. 8. T. 14. Voet ad Pand. L. 20. T. 1. §. 15.

10) Dazu gibt unſer, nur zu wenig geleſener trefflicher Giphanius l. c. ſehr gute Belege.

11) Mein ehemaliger Kieler College Cramer, deſſen Tod ich nicht genug beklagen kann, weil er zu den erſten kritiſch-hiſtoriſchen Juriſten gehörte, gerieth immer in Harniſch, wenn er von kritiſcher Willkühr ſeines Lieblings Haloander reden hörte. Möchte doch das, was Cramer mit großem Fleiß, und zuletzt auf einer Reiſe durch Deutſchland in Beziehung auf Haloander geſammelt hat, dem Publico vollſtändig mitgetheilt werden!

weil gewiß viele Redactoren an den Baſiliken arbeiteten, deren jeder ſein eignes Exemplar zur Hand haben mußte.

Ich brauche mich indeß hier über die L. 2. D. cit. nicht weiter zu verbreiten. Denn ſie redet doch durchaus nur von dem Fall, daß der Verpfänder ausdrücklich den Vorbehalt machte, gewiſſe Sachen ſollten erſt dann und dann haften, und ſo iſt das: non tam potior sed solus inveniatur ſo natürlich, daß auch wir, wenn jenes Fragment nicht vorhanden wäre, ohne Widerrede daſſelbe ſagen würden. Meine Erörterung, und das, was hier ſtreitig iſt, betrifft aber bloß die Frage: welche Wirkung die unbeſtimmte, alſo ohne ausdrücklichen Vorbehalt ſubſidiariſcher Vortheile geſchehene Verbindung des General-Pfandes mit einem Special-Pfande habe? und dabei treten ganz andre und eigne Grundſätze ein, wie die nachherige Ausführung ergeben wird.

Beſtimmt dagegen auf unſre Frage bezieht ſich aber gewiß die, vorhin wörtlich gegebene L. 2. C. de pignoribus. Der Fall dieſes Reſcriptes iſt unleugbar, wie es auch bisher faſt unbedingt anerkannt ward [12]), folgender: A. verpfändet an B. einzelne Stücke ſeiner Güter, und dann noch dazu ſeine ſämmtlichen übrigen Güter. Später verpfändet A. von dieſen übrigen Gütern einzelne Sachen an C. Hierauf nimmt B. gegen C. grade dieſe Güter in Anſpruch. Darüber entſcheidet nun jenes Reſcript ſo: B. hat zwar an allen Gütern des A. ein gleiches Pfandrecht: aber hier muß man doch jurisdictionem temperare, und dem C. eine Einrede gegen B. geben, wenn der letzte ſich aus den, ihm beſonders ver-

12) Die Summa von Baldus zu L. 2. C. cit. lautet richtig auf den, im Text angegebenen Fall. Dagegen hat ſie Salycetus lieber ſo gefaßt: Specialis hypotheca secundi creditoris praefectur generali prioris se habentis, ex qua potest sibi satisfieri. Wie der gute Mann dergleichen ſagen konnte, hat noch wohl Niemand begriffen.

pfändeten Gütern befriedigen kann. Allein wie iſt dieß nun zu erklären?

Ein Theil unſrer Rechtslehrer, Cujacius an der Spitze [13]), hat geſagt, die erwähnte L. 2. D. qui potior. ſpreche von einer ausdrücklichen Verabredung deſſen, was nach L. 2. C. cit. als ſtillſchweigend verabredet angenommen werde. Allein damit iſt nicht auszukommen, wie ſchon Maranus [14]) bemerkte. Denn iſt das tacitum dem expresso ſeiner Natur zufolge gleich, ſo muß es auch gleiche Wirkungen haben. Nun aber wird in dem Fall des L. 2. D. cit. dem Gläubiger an den, ihm ſubſidiariſch verpfändeten Sachen das Pfandrecht ganz abgeſprochen, ſolange die zuerſt verpfändeten Stücke zu ſeiner Befriedigung hinreichen, während die L. 2. C. cit. für ihren Fall das: aeqnale jus in omnibus habere ausſpricht. Daher haben Andre die aequitas zur Erklärung der L. 2. C. cit. benutzt [15]), ohne genau zu ſagen, wo hier denn eigentlich der Grund lag, die gewöhnliche Rechtsregel zu brechen, worüber man auch dadurch nicht aufgeklärt wird, wenn Sichardus [16]) ſich eine Eindringlichkeit dadurch zu verſchaffen ſucht, wenn er den B., falls er anders handeln wolle, den canibus in praesepibus vergleicht. Um die Sache nun mehr juriſtiſch zu machen, hat man oft eine andre Wendung genommen, indem man unbeſtimmt auf den consensus tacitus, und darauf aufmerkſam machte, daß man bei beſonderen Ausdrücken doch immer eine beſondere Abſicht vorausſetzen müſſe [17]). Allein

---

13) ad Respons. Papiniani. Lib. 3. ad L. 2. C. cit. (opp. IV. 930.) Comment. ad Cod. ad L. 2. C. cit. (opp. IX. 1187. 1188.) Eben ſo Bachovius de pignor. L. 4. c. 5.

14) Comm. ad Pand. ad L. 2. qui potior.

15) Giphanius ad Cod. L. 8. T. 14. const. 2. Perez ad Cod. cod. pr. 18.

16) ad Cod. L. 8. T. 14. ad L. 2. ibid.

17) Donellus ad Cod. L. 8. T. 14. c. 2. Weſtphal Pfandr.

unbeantwortet blieb die Frage, warum denn grade dieſe Abſicht, welche zu dem Reſultat der L. 2. C. cit. paßt, und warum ſind hier L. 2. C. cit. und L. 2. D. cit. in ihren Reſultaten ſo abweichend? Daher hat noch eine andre Partey mit Rückſicht auf die, in den Pandekten vorkommende Regel, daß der Pfandgläubiger unter mehreren ihm verpfändeten Sachen die freie Wahl habe, und mit Rückſicht auf den Umſtand, daß die Kaiſer ſelbſt in ihren Reſcripten bloße Gnaden austheilten, geſagt: die L. 2. C. cit. ertheile dem jüngeren Pfandgläubiger bloß ein jus singulare. Eine ſolche Idee hat einmal auch dem großen Cujacius vorgeſchwebt, indem er gegen das, was er an dem einen Orte äußerte, an einem andern Orte ſagt: in L. 2. C. cit. habe man einmal auch eine hypotheca expressa privilegaria [18]; und neuerlich hat ſich v. Schröter ganz für dieſe (wie ſich nachher zeigen wird, ſehr folgenreiche) Idee erklärt [19], aber gleich mehrfachen Widerſpruch deswegen gefunden [20].

Das Letzte muß ich nun durchaus billigen, inſofern man hier in den Worten jurisdictio temperanda eine Andeutung auf ein Privilegium ableiten wollte. Denn temperare wird ja häufig gebraucht, wo der Richter vermöge richterlicher Gewalt Etwas nach Vernunft und Billigkeit, und den Umſtänden gemäß beſtimmt; z. B.

L. 16. ex quib. causs. maior. (4. 6.):

Totumque illud arbitrio praetoris temperabitur, id est,

S. 87 — 82. A. D. Weber Verſuche. 1. B. S. 117 fgg. Glück Erl. d. Pand. 18. B. S. 235 — 251.

18) Tr. ad Africanum. Tract. VIII. ad L. 9. qui potior. (opp. I. 1490.)

19) in Linde ꝛc. Zeitſchr. 2. B. 2. Hft. S. 327 — 337.

20) Wening Lehrb. d. gem. Civilr. 4. Aufl. 1. B. §. 182. Mühlenbruch doctrin. Pand. ed. 3. Vol. 2. §. 319.

ut ita demum restituat, si non negligentia, sed temporis angustia non potuerunt litem contestari.

L. 17. pr. de usur. (22. 1.):
Sic temperanda res est: ut in futurum duntaxat ex die cessationis crescat usura.

L. 4. de conditt. et demonst. (35. 1.):
Temperare debet praetor conditionem.

Indeß muß ich zugeben, daß ein temperare auch prädicirt werden kann, wenn der Regent willkührliche Beſchränkungen macht, welche die Interpretation nicht hätte herausbringen können. Ich kann dieß, wenn auch nur indirect, durch das Wort moderare beweiſen, welches gewiß mit temperare gleichbedeutend iſt. Dieſes moderare wird nun freilich auch gebraucht, wo das richterliche Ermeſſen nach Vernunft und Billigkeit die gehörigen Beſchränkungen macht, z. B.

Mosaicar. et Rom. LL. Collatio Tit. 1. §. 11. Recte Taurine moderatus es ad modum culpae. Refert enim et in majoribus delictis, consulto aliquid admittatur, an casu.

Allein in folgender Stelle geht doch offenbar das Moderiren auf die reine kaiſerliche Willkühr:

Cod. Theodos. L. 11. T. 30. c. 64.:
Non ignoramus, post interpositam provocationem in caussis fiscalibus antiquitus constitutum, ut viginti dies consituti intra provinciam videantur, — ex contigua vero provincia intra quadraginta dies negotia universa discingerent. Verum Serenitas Nostra certum moderamen invenit. Praecipimus itaque, ut praeter hos viginti dies, quos lex Augusti constituit, viginti alios jungeremus.

Soviel bleibt alſo ganz klar, daß uns die Sprache nicht zwingt, in unſrer L. 2. C. de pignor. das temperare jurisdictionem auf einen kaiſerlichen Machtſpruch, und ein

allergnädigſtes Privilegium zu beziehen. Laßt uns alſo, wie es überall die claſſiſchen Juriſten, und in der Regel auch die Kaiſer, durch gute Juriſten unterſtützt, gethan haben, auf Dasjenige Rückſicht nehmen, was hier wohl der geſunde Verſtand nach Maßgabe der Umſtände ohne ein geſchriebenes Geſetz ſagen würde! Nehmen wir nun zuerſt den Fall, daß A. ſein Wohnhaus an B. verpfändet, gleich hinterher aber noch ſeine übrigen Güter, jedoch mit der Clauſel, daß dieſe übrigen Güter nur haften ſollen, wenn B. ſich an dem Hauſe nicht erholen könne: ſo muß man offenbar nach dem dürren Buchſtaben des Vertrages ſagen: der Eintritt des zweiten Pfandrechtes iſt von einer Bedingung abhängig gemacht, alſo exiſtirt dieſes Pfandrecht gar nicht, wenn zur Befriedigung des B. das Haus hinreicht. Fällt alſo dieſe Bedingung nicht weg, und beſitzt C. von jenen übrigen Gütern Etwas, was ihm A. nach Abſchließung des Vertrages mit B. verpfändete, ſo muß man ſagen: die hypothecariſche Klage des B. gegen C. iſt ganz unzuläſſig, weil hier B. gar kein Pfandrecht auf die übrigen Güter hat, oder, um nach L. 2. D. qui potior. mit Papinianus zu ſprechen: secundus creditor in pignore postea dato non tam potior, quam solus invenitur. Allein man ſetze den Fall, worauf es mir hier eigentlich ankommt: A. verpfändet ſein Haus an B., mit dem unbeſtimmten Zuſatz, er wolle dem B. hiemit auch ſeine übrigen Güter verpfänden. Da dieſer Vertrag das hinterher gegebene Pfandrecht nicht von der Unzulänglichkeit des zuerſt ausgeſetzten Special-Pfandes abhängig macht, ſo kann, wenn A. ſpäter von den übrigen Gütern Etwas an C. verpfändet, durchaus nicht geſagt werden secundus solus invenitur, ſondern man muß mit jener, hier zu erklärenden L. 2. C. de pignoribus in Betreff des Pfandrechtes des B. ſagen: aequale jus in omnibus habet. Allein erwägt man weiter, daß unnütze Worte nicht vorauszuſetzen ſind; daß man jedem Vertrage möglichſt eine Bedeutendheit beizulegen hat, und daß die Urheber des Rö-

miſchen Rechts überall von der Idee geleitet wurden, der wahrſcheinliche, den Umſtänden angemeſſene Wille der redenden Partcien ſey im Zweifel ſtets als wörtlich ausgeſprochen anzunehmen, ſo ſcheint mir hier der geſunde Verſtand nichts Anderes ſagen zu können, als: das gleiche Pfandrecht des B. an allen Gütern des A. kann nicht geleugnet werden, weil ihm die Species eben ſo gradezu verpfändet iſt, wie das übrige Gut. Allein das anfängliche Hervorheben der einzelnen Sache und das, bloß nachfolgende Erwähnen aller übrigen Güter zeigt doch, daß A. den B. zuerſt auf das Haus verweiſen, und dieß vorzugsweiſe zum Object der Execution machen wollte. Das Pfandrecht des B. geht alſo zwar an ſich auf die Species, wie auf alle andern Güter; aber das Wahlrecht des B. iſt hier doch durch ein pactum tacitum ſo modificirt, daß B. ſich des Zugriffs auf die andern Güter zu enthalten hat, ſo lange er durch die Wahl der verpfändeten Species zu ſeinem Zwecke kommen kann. Das Tacitum der L. 2. C. cit. iſt alſo von dem expresso der L. 2. D. cit. ganz verſchieden, und ein Schluß von dem einen Fall auf den andern iſt ganz verkehrt; aber doch wird die L. 2. C. cit. am natürlichſten genommen, wenn man ſie aus der Natur der Sache auf eine ſtillſchweigende Willenserklärung bezieht, und nicht auf einen willkührlichen kaiſerlichen Eingriff. Nimmt man nun noch dazu, daß ſchon an ſich die unbegründete Vorausſetzung willkührlicher Entſcheidungen nicht geduldet werden darf; daß die Kaiſer unendlich oft in ihren Rechtsentſcheidungen bloß die Billigkeit und die Natur der Sache geltend machten; und daß, wie gleich nachher gezeigt werden ſoll, die exceptio excussionis realis auch dem Verpfänder ſelbſt zu geſtatten iſt: ſo ſcheint es mir gar keinen Zweifel zu leiden, daß die L. 2. C. de pignor. nur aus den Grundſätzen über pacta tacita erklärt werden kann, daß alſo jeder Beſitzer befugt iſt, den Special- und General-Pfandgläubiger in die Grenzen ſeines Pfandvertrages zurückzuweiſen, aus dem er an ſich

gegen Niemand weiter klagen kann, als es ihm der Pfandſchuldner geſtattet hat, es mag nun ſein Pfandrecht an ſich, oder nur ſein Wahlrecht beſchränkt ſeyn.

Wie man aber auch den Entſcheidungsgrund der L. 2. C. cit. betrachten mag, ſo bleibt doch immer das Reſultat, daß der jüngere Pfandgläubiger gegen den älteren die exceptio excussionis realis hat. Allein dabei entſteht nun noch die weitere Frage, worauf ich ſchon oben aufmerkſam machte: hat der jüngere Pfandgläubiger jene Einrede unbedingt, ohne Rückſicht auf die Eigenſchaft des Beſitzers, mithin nicht bloß, wenn der Verpfänder die, dem erſten Special- und General-Pfandgläubiger verpfändete Species beſitzen ſollte, ſondern auch dann, wenn dieſe Species in der Hand des klagenden Pfandgläubigers ſeyn ſollte, oder in der Hand eines Dritten, welcher jene Sache als creditor posterior, oder als Eigenthümer beſitzt? Selten hat man dieſe Frage berührt. Die Gloſſe dachte daran, aber ihre Antwort iſt ſeltſam. Sie ſetzt nämlich bei L. 2. C. de pignor. zu dem Worte jubebit hinzu: accipe hanc legem possidente debitore. Sed quid si alius extraneus possidet, vel creditor primus? Respondeo idem. Allein es bedarf hier keines analogiſchen Schluſſes. Denn die L. 2. C. cit. nennt ja in Betreff des Special-Pfandes, welches zuerſt ergriffen werden ſoll, gar keine Perſon als Beſitzer deſſelben; alſo muß man das Geſetz, weil es unbeſchränkt ſpricht, auch gegen jeden Beſitzer anwenden.

Eine Schwierigkeit iſt hier erſt entſtanden durch die, in Nov. 4. c. 2. jedem dritten Beſitzer einer Pfandſache [21]) ge-

21) Ich ſpreche dieß unbedingt aus, weil die Novelle unbedingt redet, obgleich ich wohl weiß, daß Manche dem Beſitzer gegen den, ein Special-Pfand verfolgenden Pfandgläubiger die exceptio excussionis personalis nicht geſtatten. Am beſten hat ſich dagegen erklärt Franzke resolutt. L. 1. nr. 12. Auf allen Fall kann es nicht ſchaden, wenn ich unſre Frage unter der, mir richtig ſcheinenden Vorausſetzung beantworte. Mit der umgekehrten Vorausſetzung kommt alles von ſelbſt zur Ruhe.

ſtattete, jetzt ſogenannte exceptio excussionis personalis, woraus möglicher Weiſe eine Art von Rückwirkung auf die exceptio excussionis realis entſtehen könnte. Man nehme dieſen Fall: A. verpfändet ſein Haus an B., und daneben noch ſeine ſämmtlichen übrigen Güter, unter denen auch eine Uhr iſt. Dieſe Uhr gibt er ſpäter dem C. zum Pfande, und das Haus veräußert er an X. Darauf belangt B. den C. wegen der Uhr mit der Pfandklage, aber C. verweiſt ihn mit der exceptio excussionis realis auf das Haus, alſo auf die, nun im Beſitz des X. befindliche Sache, wegen welcher X. als dritter Beſitzer nach der Novelle die exceptio excussionis personalis hat, wodurch er den B. auf A. und deſſen Bürgen zurückweiſen kann. Hier könnte nun ſehr wohl die Frage entſtehen, ob B. der exceptio excussionis realis des C. nicht entgegenſetzen dürfte: ich laſſe mir bewandter Umſtände wegen dieſe Einrede nicht gefallen, weil ich, wenn ich den X. belange, von dieſem wieder durch die exceptio excussionis personalis abgefertigt werde? Unſer ſcharfſinniger A. D. Weber würde wahrſcheinlich dem B. jene Replik geſtattet haben. Denn bei Gelegenheit einer andern Frage, wovon nachher die Rede ſeyn wird, nämlich der Frage, ob der Verpfänder ſelbſt die exceptio excussionis realis gegen ſeinen Special- und General-Pfandgläubiger habe? behauptet er, dieſe Frage ſey zu bejahen, jedoch dann nicht, wenn ſich die verpfändete Species in der Hand eines dritten Beſitzers befinde, welcher die exceptio excussionis personalis habe, woraus ſich ja ſogleich ergebe, daß der Kläger, wenn er der exceptio excussionis realis folge, ſeinen Zweck nicht erreichen könne [22]).

Allein mir ſcheinen dieſer Anſicht die bedeutendſten Gründe entgegenzuſtehen. Denn zuerſt darf ich fragen, ob die Möglichkeit der exceptio excussionis personalis des X. ſchon

22) Verſuche. 1. B. S. 127.

die Unvermeidlichkeit ihrer Vorſchützung beweiſt? Wie oft iſt es der Fall, daß Einreden nicht vorgeſchützt werden, entweder weil man ſie vergißt, oder weil man es mit dem Kläger nicht verderben will, oder weil man denkt, daß man ſich ſchon auf andre Art, namentlich durch Evictions-Leiſtungsforderungen, gegen ſeinen Auctor helfen kann! Wenn wir auch die ſtumpfe Rechtsregel haben: qui actionem habet ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur, ſo iſt ſie augenſcheinlich nur halb wahr, und das Römiſche Recht zeigt in ſeinen Anwendungen genug, daß es die Möglichkeit einer Rechtsverfolgung noch keineswegs als eine eingeärndtete Segnung behandelte. So haben z. B. gewiſſe Perſonen das beneficium competentiae. Aber können ſie deswegen auch Dasjenige in Abrechnung bringen, was ihre andern Gläubiger von ihnen fordern könnten? Bekanntlich iſt dieſe Frage in der Regel zu verneinen. Ferner: der Verkäufer hat nicht recht gehandelt, wenn er dem Käufer Etwas überläßt, was dieſem abgeſtritten werden kann, und er muß ſich daher eine Entſchädigungsklage gefallen laſſen, wenn die Eviction erfolgt. Aber dennoch berechtigt die Möglichkeit der Eviction, und ſelbſt die Verurtheilung des Käufers, noch nicht zur actio de evictione, ſondern nur die, wirklich durchgeſetzte Execution. Folglich darf ich ſagen: die Möglichkeit der exceptio excussionis personalis des X. berechtigt den B. in unſerm obigen Fall noch keineswegs zu der Behauptung gegen C., daß er zufolge L. 2. C. de pignor. ſagen könne: certum est, me ex his, quae nominatim pignori mihi obligata sunt, universum debitum redigere non posse.

Allein wir wollen den Fall ſetzen, daß X. die exceptio excussionis personalis ſogar vorſchützt. Auch dadurch ändert ſich hier die Sache im Weſentlichen nicht. Denn wenn B. wegen dieſer Einrede auf A., oder deſſen Bürgen den Angriff macht, ſo kann ja B. auf dieſe Art ſeine Befriedigung erhalten, oder, wenn dieſe Befriedigung nicht erfolgt, den

Rückgriff auf X. machen. Alſo kann man dem B., wenn X. die exceptio excussionis personalis vorſchützt, keineswegs bloß deswegen mit L. 2. C. cit. ſagen: certum est, ex his, quae nominatim pignori tibi obligata sunt, universum debitum te redigere non posse. Eine Langſamkeit kann freilich aus dieſen Umwegen entſtehen, aber wo ſteht für unſern Fall [23], daß die, zu befürchtende Langſamkeit des Proceßganges von der exceptio excussionis realis ausſchließen ſolle?

Hiermit iſt nun die erſte Frage erörtert, inwiefern ein Pfandgläubiger gegen den andern die exceptio excussionis realis hat? Alſo entſteht nun die zweite Frage: kann auch der Verpfänder ſelbſt dem Special- und General-Pfandgläubiger jene Einrede entgegenſetzen? Für die Bejahung dieſer Frage iſt nun L. 9. C. de distructione pignorum, welche oben wörtlich gegeben iſt, nach meiner Einſicht völlig entſcheidend. Schon die Gloſſe ad L. C. cit. erklärte ſich für die Bejahung jener Frage. Eben ſo Cujacius [24], und nach ihm bis auf die neueſten Zeiten die Mehrzahl der Juriſten, unter denen hier wegen ihrer guten und ausführlichen Entwickelungen beſonders A. D. Weber [25] und Hepp [26] genannt zu werden verdienen. Da indeß Manchem die Regel, daß der Pfandgläubiger die Wahl unter mehreren Pfändern habe, zu tief in das Gemüth gegangen war, und ſo damit der ängſtliche Gedanke entſtand, die oben

---

23) Und ich darf fragen: auch für andre Fälle, z. B. in Betreff der Frage, ob dem Bürgen die exceptio excussionis zu verweigern ſey, wenn der Gläubiger möglicherweiſe noch aus der Concursmaſſe des Hauptſchuldners ſeine Befriedigung erhalten könnte? welche Frage ich mit Chop im Archiv für civiliſt. Prax. 15. Bd. 1. Hft. nr. 3. verneinen zu müſſen glaube.

24) ad Cod. L. 8. T. 27. (opp. X. 1230.).

25) Verſuche. 1. B. S. 117—150.

26) Im Archiv für civiliſt. Prax. 9 B. S. 368—376.

erklärte L. 2. de pignoribus erhalte wohl nur eine beſondre Begünſtigung des jüngeren Pfandgläubigers, welche als ſolche nicht auszudehnen ſey: ſo hat man mehrfach ein ſinguläres Verdienſt darin geſucht, aus L. 9. C. cit. Alles fortzuſchaffen, was doch am Ende geſunde Augen darin finden müſſen. Daher hat ſchon Maranus [27]) die Behauptung gewagt, man müſſe bei L. 9. C. cit. vorausſetzen, daß eine beſondre Verabredung dahin Statt gefunden habe, der Special- und General-Pfandgläubiger ſolle in der, durch das Geſetz angegebenen Ordnung klagen. So ſuchte ſich früher auch Geſterding durchzuhelfen [28]). Eine zweite Partey war ungefähr auf demſelben Wege, aber doch nur in dieſer Art: die L. 9. C cit. rede bloß von einem ertheilten Special-Pfande, und die letzten Worte derſelben: cetera etiam bona jure conventionis consequi, bezögen ſich nur auf die, dem Pfandgläubiger übrig bleibende Perſonal-Klage, welche letzte Auslegung denn auch zuletzt Geſterding als eine, vielleicht beſſere Deutung titulo honorabili erwähnt hat [29]). Unſer ehrwürdiger, verträglicher Glück [30]) ließ ſich beide Experimente gefallen.

Allein mit Conſequenz begabt, muß man durchaus ſagen: die L. 9 C. de distractione pignorum ſetzt denſelben Vertrag voraus, welcher in L. 2. C. de pignoribus erwähnt

---

27) Pand. L. 20. P. 4. ad L. 2. ibid.

28) Pfandr. 1. Aufl. S. 345 — 353.

29) Pfandr. 2. Aufl. S. 392.

30) Erläuterung d. Pand. 18. B. S. 235 — 251. Eine Winkelidee von Weſtphal Pfandr. S. 87 — 89, nämlich daß die L. 9. C. cit. den Fall einer Statt gehabten Litis contestatio vorausſetze, alſo eine Unmöglichkeit des Variirens, mag ich gar nicht weiter erörtern. Gegen die Worte des Geſetzes iſt dieſe Idee nichts, als ein Traum, und noch dazu ein recht unjuriſtiſcher, ganz gegen allgemeine Grundſätze über Concurrenz der Klagen, und für den fraglichen Fall insbeſondere gegen L. 10. C. de O. et A. (4. 10.).

iſt, nur mit dem Unterſchiede, daß in dem Fall des letzten Geſetzes ein jüngerer Pfandgläubiger, in dem Fall des erſten Geſetzes aber der Verpfänder ſelbſt belangt war. Dazu paßt nun Alles von allen Seiten. Von einer verabredeten Prärogative ſagt das Geſetz nichts, namentlich da nicht, wo es hätte an die Spitze geſtellt werden müſſen, nämlich bei der, zuerſt ausgeſprochenen Verweiſung auf das Special-Pfand. An eine übrig bleibende bloße Perſonal-Klage kann hier auch nicht gedacht werden. Denn bei einer Perſonal-Klage kann das Geſetz nicht auf cetera bona gehen, ſondern nur auf Verurtheilung des Schuldners zur Zahlung; und ſelbſt dann, wenn binnen der gehörigen Zeit dieſem Urtheil keine Folge geleiſtet wird, kann nur unbeſtimmt auf Zwangsmaßregeln angetragen werden, wobei auf der einen Seite nicht immer ein Angriff auf das Vermögen nöthig iſt (bei negativen Befehlen), auf der andern Seite aber immer der Richter zu wählen hat, wie, und wie weit er das Vermögen des Schuldners angreifen will. Dazu nehme man aber noch das, was mir hier das Wichtigſte ſcheint! Die L. 9. C. cit. deutet nämlich durch ihr specialiter auf den Gegenſatz eines generaliter, und dieſes generaliter kann hier am natürlichſten präſumirt werden, wenn man, mit Rückſicht auf das oben Geſagte, erwägt, daß die Geſetze ſelbſt bemerken, der Vertrag, wodurch ein General- mit einem Special-Pfande verbunden werde, gehöre zu den tagtäglichen. Nimmt man nun noch dazu, daß ſich die exceptio excussionis realis des jüngeren Pfandgläubigers am natürlichſten aus einer ſtillſchweigenden Verabredung ableiten läßt, und daß eine juriſtiſche Widerſinnigkeit darin liegt, wenn man den Contrahenten ſelbſt von den Rechten ausſchließt, welche ſogar ſein successor hat, ſo kann man wohl ohne die geringſte Verdrehung oder Uebertreibung behaupten, daß der Satz: auch der Verpfänder hat nach L. 9. C. cit. die exceptio excussionis realis, die klare Mittagsſonne nicht zu ſcheuen braucht.

Es kann hier mithin nur noch die Nebenfrage geſtellt werden, ob der Verpfänder ſeinen Pfandgläubiger auf die, dem letzten zunächſt verpfändeten Species unbedingt verweiſen kann, ohne Rückſicht auf die Beſchaffenheit des jetzigen Beſitzers? Gewiß kann hier kein Zweifel entſtehen, wenn der Verpfänder ſelbſt, oder ſogar der klagende Special- und General-Pfandgläubiger jene Species beſitzt. Denn dann iſt ja der Einwand ganz entſcheidend: ich habe, oder Du ſelbſt haſt, was Du zunächſt anzugreifen ſchuldig biſt, folglich haſt Du freie Macht, Dein Recht geltend zu machen, und damit iſt Dir genug geſchehen. Allein wie, wenn der Verpfänder und klagende Pfandgläubiger nicht im Beſitz jener verpfändeten Species, ſondern ein Dritter, und nun auf die exceptio excussionis realis des Verpfänders der Special- und General-Pfandgläubiger von dem dritten Beſitzer die exceptio excussionis personalis zu erwarten hat? Nach ſeinen vorhin erwähnten Anſichten hat hier Weber dem Verpfänder die exceptio excussionis realis abgeſprochen. Allein ich kann dieß nicht billigen, oder wenigſtens nur höchſt beſchränkt. Der Verpfänder hat hier nämlich ſein pactum tacitum für ſich, und ein Vorwurf, welcher ihn von der exceptio excussionis realis ausſchließt, kann ihn alſo nur treffen, wenn er die Species, welche ſein Pfandgläubiger vermöge der ſtillſchweigenden Verabredung zuerſt angreifen ſollte, widerrechtlich veräußerte. Beſtehen nun aber dieſe Species in Immobilien, ſo durfte er ſie gewiß veräußern, und die, aus der Durchſetzung der Klage des Special- und General-Pfandgläubigers entſtehenden Evictions-Leiſtungsforderungen des dritten Beſitzers ſind in Beziehung auf den Verpfänder und Pfandgläubiger eine res inter tertios. Sind aber dem Verpfänder die Species durch Handlungen abhanden gekommen, wofür er nicht einzuſtehen braucht, ſo wäre es ganz lächerlich, wenn man die vertragsmäßigen Pflichten deſſelben des erlittenen Unglücks wegen mit Zuſätzen vermehren wollte. Alſo kann hier die letzte Frage nur

bleiben, ob der Verpfänder einer beweglichen einzelnen Species, indem er auch noch seine sämmtlichen übrigen Güter verpfändete, wegen jener Species die exceptio excussionis realis hat, wenn er selbst die Sache an einen Dritten veräußerte? Dieß muß nun allerdings verneint werden. Denn die einseitige Veräußerung einer speciell verpfändeten Mobilie gilt als Furtum [31]), und so muß sich hier der Verpfänder als fictus possessor (qui dolo possidere desiit) behandeln lassen, und herausgeben, was nun noch bei ihm von den übrigen Pfandsachen vorhanden ist.

Nach diesem Allen bleibt nun noch in Beziehung auf unsern ersten Fall die letzte Frage übrig, ob auch der dritte Eigenthumsbesitzer einzelner, aus dem General-Pfande an ihn gekommener Sachen die exceptio excussionis realis hat? Viele bejaheten bisher diese Frage, und legten besonderes Gewicht darauf, daß sich selbst die Glosse dafür erklärt habe, indem sie zu L. 2. C. de pignoribus den, schon vorhin erwähnten Zusatz mache: idem si extraneus possidet. Allein man mißversteht hier die Glosse, wie auch schon Andere bemerkt haben [32]). Die Glosse stellt nämlich den casus der L. 2. C. cit. ausdrücklich dahin, daß zwei Pfandgläubiger gegen einander streiten, und so geht jener erläuternde Zusatz nicht auf die Frage, ob der extraneus possessor die exceptio excussionis realis habe, sondern ob sie dem jüngeren Pfandgläubiger ohne Unterschied zustehe, die speciell verpfändete Sache möge nun in der Hand des Verpfänders, oder eines Dritten seyn, welches Letzte, wie die bisherige Ausführung zeigt, mit dem Ersten durchaus nicht vermengt werden darf. Auf das, was hier jetzt in Frage kommt, hat sich, soviel ich weiß, die Glosse nicht erklärt, wohl aber

---

31) L. 19. §. 6. L. 66. pr. de furt. (47. 2.

32) S. die in not. 1. citirte Dissertation von Höpfchen oder Rechenberg §. 12. 13. Dennoch findet sich der Irrthum noch wieder bei Glück a. a. O. S. 210. 211.

haben es Andere gethan. Diejenigen, welche in der oben erklärten L. 2. C. de pignoribus und L. 9. C. de distractione pignorum bloß eine Singularität fanden, ſagten ganz conſequent, wie es zuletzt noch wieder Wening [33] gethan hat: jura singularia dürfen nicht ausgedehnt werden, in Betreff des dritten Eigenthumsbeſitzers haben wir aber kein Geſetz, welches demſelben die exceptio excussionis realis geſtattet, folglich iſt er davon auszuſchließen. Allein es läßt ſich nach den obigen Entwickelungen nicht annehmen, daß jene beiden Conſtitutionen eine Singularität einführen, ſondern man muß behaupten, daß ſie nur das Reſultat einer ſtillſchweigenden Verabredung angeben, welches um ſo klarer wird, wenn man erwägt, daß nicht bloß einem andern Pfandgläubiger, ſondern auch dem Verpfänder ſelbſt die exceptio excussionis realis geſtattet wird, alſo zweien ganz verſchiedenartigen Perſonen, welche reſpective nicht contrahirt und ſelbſt contrahirt haben, alſo ſchwerlich ex caussa singulari eine gleiche Barmherzigkeit verdienen, während ſich die Gleichheit leicht erklärt, wenn man ſie aus derſelben Quelle eines pacti taciti ableitet. Nimmt man dieß nun aber an, ſo muß man mit Zimmern [34] ſagen: ein Pfandgläubiger kann auch gegen Dritte ſein Pfandrecht nie weiter, und nur unter den Beſchränkungen verfolgen, wie es ihm verliehen ward. Lautet alſo die Uebereinkunft explicite oder implicite dahin, daß er gradatim ſo und ſo klagen ſolle, und handelt er dawider, ſo kann ihn jeder Beſitzer der Pfandſache auf die rechte Bahn verweiſen; folglich hat auch der dritte Eigenthumsbeſitzer die exceptio excussionis realis.

Da nun der dritte Eigenthumsbeſitzer als ſolcher ganz und gar keine Perſonal-Pflichten gegen den Pfandgläubiger hat, ſo muß ihm jene Einrede auch unbedingt geſtattet wer-

---

33) Lehrb. 4. Ausg. 1. B. S. 182.

34) In Linde Zeitſchr. 1. B. 1. Hft. S. 47 49.

den, die speciell verpfändete, zuerst anzugreifende Sache mag sich nun in der Hand des Verpfänders, oder irgend einer andern Person befinden.

Aller bisher entwickelten Gründe wegen halte ich es denn für ganz recht, wenn einzelne Rechtslehrer ohne alle weitere Unterscheidung jedem Besitzer generell verpfändeter Sachen gegen die Klage des Special- und General-Pfandgläubigers die exceptio excussionis realis gestatteten, wiewohl sie die kleine Ausnahme, welche man nach dem Obigen jetzt in Gemäßheit der Nov. 4. c. 2. machen muß, nicht hätten verschweigen sollen. Als instar omnium nenne ich nur Azo [35]) und Donellus [36]). Der erste sagt ganz allgemein von dem Special- und General-Pfandgläubiger: quamdiu ei potest satisfieri de speciali pignore, non extendat manum ad alia; und eben so unbeschränkt spricht der Letzte, ohne alle Nebenbedenklichkeiten. Hätten beide Rechtslehrer vorhergesehen, auf welche Variationen die späteren Ausleger kommen würden, so hätten sie wahrscheinlich über die ganze Sache viel besser geredet, als ich es in dem Obigen gethan habe.

Hienach bleibt mir nun noch

II. die Erörterung des andern denkbaren Falles übrig, nämlich wenn zuerst alle Güter, und dann hinterher noch einzelne Stücke des Vermögens verpfändet werden. Viele unsrer Juristen haben so gethan, als ob die L. 2. C. de pignoribus, und die andern oben damit verbundenen Gesetze grade von diesem Falle redeten. Allein sie sprechen offenbar von dem andern, vorhin unter No. I. entwickelten Falle, also auch nicht, wie Giphanius [37]) behauptet, von beiden Fällen, welche mithin aus diesem Grunde nicht ganz gleich-

35) Summa Codicis L. 8. Tit. 14. in fin.

36) de pignorib. c. 12.

37) ad Cod. L. 6. T. 14.

geſtellt zu werden brauchen, wie er mit Vielen annehmen zu müſſen glaubt. Da nun meines Wiſſens kein beſonderes Geſetz über dieſen Fall nachgewieſen werden kann, ſo bleibt uns natürlich nichts übrig, als die Anwendung des freien Verſtandes, womit man auch ſchon zum Ziele kommen kann.

Damit nichts Verſchiedenartiges mit einander vermiſcht, und jede Möglichkeit klar gemacht werde, muß man die folgenden denkbaren Fälle unterſcheiden:

a) Der Schuldner verpfändet erſt alle ſeine Güter, und dann noch hinterher einzelne Stücke, aber er thut es nicht auf eine beſtimmte Nachforderung des Gläubigers, ſondern gleichſam aus eigner Bewegung, ſo daß man alſo von ihm, als dem Proponenten, ſagen kann: est qui loquitur, et qui in ambiguo clarius loqui debuisset. Hier haben nun Viele bisher dieſe Idee gehabt, an der ich früher auch Theil nahm: da die generelle Verpfändung ſchon an ſich alle Vermögensſtücke des Schuldners ergreife, alſo auch das einzelne, hinterher beſonders genannte Stück; da alſo dieſes beſondere Nennen nicht auf ein hinzugeſetztes Pfandrecht gehen könne; da ferner das Nichtsſagende nicht zu vermuthen, und jede Rede möglichſt als bedeutungsvoll zu behandeln ſey; ſodann auch bei einer Gleichheit der Pfandrechte doch immer eine beſondre Ordnung in Betreff der Ordnung, wie die Pfänder angegriffen werden ſollen, ſehr zweckmäßig verabredet werden könne; und endlich da kein Schuldner die einzelnen Sachen in das helle Licht ſtellen werde, in Anſehung deren er wünſche, daß ſie der Pfandgläubiger grade zuletzt angreife: ſo müſſe man auch für unſern Fall daſſelbe behaupten, was für den obigen Fall unter No. I. anzunehmen ſey, nämlich daß der Gläubiger ſich zuerſt an die verpfändete Species zu halten habe, wenn hier auch das gleiche Reſultat für beide Fälle nicht grade aus gleichen Gründen abzuleiten ſey.

Allein nach genauerer Erwägung kann ich mich nicht weiter für dieſe Anſicht erklären. Wenn der Schuldner alle Güter verpfändet, daneben aber wünſcht, daß der Gläubiger gewiſſe Species, als Lieblingsdinge des Verpfänders, nicht zuerſt zum Verkauf bringe, wird er dieß dann durch die räthſelhaften Worte ausdrücken: insbeſondre verpfände ich Dir dieſe Species? oder wird er nicht lieber gradezu herausſagen: ich verpfände Dir hiemit alle Güter; da Du ſie indeß zu Deiner Befriedigung nicht ſämmtlich nöthig haſt, da mir dieſe und dieſe einzelnen Dinge beſonders am Herzen liegen, und Dir kein Schaden erwächſt, wenn Du ſie mir läßt, bis der letzte Nothfall eintritt: ſo verſprich mir, wenn es zum Schlagen kommt, mich wegen dieſer Dinge vorläufig zu ſchonen. So Etwas ſchreckt keinen Gläubiger, aber das bloße räthſelhafte Nennen einer Species wird ihn entweder bedenklich machen, oder auf den Gedanken bringen, daß ihm das Nennen der Species noch beſondere Vortheile gewähren ſolle, die es auch, wie ſich gleich ergeben wird, allerdings haben kann, wenn man den Vertrag bloß buchſtäblich nimmt. Da nun nach beſondern Grundſätzen die Auslegung gegen Den zu machen iſt, welcher bei Verträgen den Antrag (als stipulator, oder Offerent) macht, ſo wüßte ich ſchon nach dieſen Grundſätzen durchaus nicht den Satz herauszubringen, daß ein Vertrag jener Art grade zu Gunſten des Verpfänders auszulegen, und daher bloß zur Beſchränkung der Wahlfreiheit des Pfandgläubigers zu benutzen ſey.

Wollen wir aber das Leben anſehen, wie es nun einmal iſt, ſo geſtaltet ſich auch danach die Sache auf ganz andre Art. Der Schuldner ſucht nämlich durch Pfandbeſtellungen möglichſt leicht und möglichſt viel Credit zu bekommen, und heuchelt nur zu oft; der Gläubiger aber (d. h. auch Der, den man gern als künftigen Gläubiger haben möchte) ſtrebt nach der vollſten Sicherheit, alſo nach einer ſolchen, welche er mit den Augen und der Hand gehörig er-

greifen kann. Den Bitten um ein Anlehn wird nun der Supplicant, wenn der Forderung einer beſonderen Sicherheit nicht auszuweichen iſt, am liebſten dadurch eine Lockung geben, daß er ſein geſammtes Gut verpfändet. Das klingt nun zwar prächtig, aber der Vermögende, welcher Geld herſchießen ſoll, wird darauf nicht gleich zuſchlagen, ſondern nähere, ſolidere Erklärungen erwarten, ſich räuſpern, den Kopf ſchütteln, und nach Umſtänden ausſehen, als ob ihm das: quod dignum tanto feret promissor hiatu im Sinne läge. Ich kenne einen jungen Mann, welcher eines Anlehns bedürftig, mit großem Pathos ſein ganzes Vermögen pfandweiſe ausbot, aber nachher, als ein ſpecielles Ausſetzen der genügenden Stücke von ihm begehrt ward, nicht halb ſo viel parates Vermögen namhaft machen konnte, als zur Zahlung einmonatlicher Zinſen des begehrten Capitals nöthig geweſen wäre. Zu bloßen General-Verpfändungen findet ſich alſo nicht leicht ein Liebhaber. Werden indeß genügende Species zu Tage gefördert, und beſonders zum Pfande ausgeſetzt, ſo heißt es: das kann paſſiren! Doch pflegt auch noch der Anleiher verpfändete Mobilien als Fauſtpfand zu fordern und mit ſich zu tragen, weil ſein Haus beſonders ſicher ſey. Mithin darf ich ſagen: ſchon aus dieſen Gründen hat das nachträgliche Nennen beſonderer einzelner Stücke in der Regel nie den Sinn, daß damit der Anleiher beſchränkt, und deſſen Wahlrecht zum Theil aufgehoben werden ſolle.

Allein aus noch anderen, und vielleicht noch ſtärkeren Gründen glaube ich behaupten zu können, daß die Anſicht, welche ich hier beſtreite, verkehrt iſt. Es findet ſich nämlich im gemeinen Leben äußerſt häufig die Idee, daß eine Special-Hypothek mehr Sicherheit gewähre, als die unbeſtimmte Verpfändung aller Güter. Dieſe Idee iſt nun auch zum Theil wahr, und zum Theil ſelbſt durch praktiſche und theoretiſche Rechtsgelehrte veranlaßt. Zuerſt wird man faſt überall finden, daß die Leute feſt daran glauben, der ältere

bloße General-Pfandgläubiger müſſe dem jüngeren Special-Pfandgläubiger weichen. Falſch iſt freilich dieſe Idee, aber für den gemeinen Verſtand nicht unnatürlich. Dazu kommt, daß bei einem bloßen Generalpfande, wenn es zur Execution kommt, nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge alles Mögliche von der parteyiſchen Willkühr der Gerichte zu befürchten iſt, zumal da wir nach dem Obigen [38]) Rechtslehrer haben, welche dem Richter in Beziehung auf generell verpfändete Sachen bei der Auswahl ein Arbitriren geſtatten, ſo wie, daß nach der, recht ernſtlich vertheidigten Anſicht Mancher [39]) durch Veräußerung einzelner Stücke generell verpfändeter Sachen ſelbſt das Pfandrecht an dieſen veräußerten Dingen aufgehoben wird. Wie natürlich iſt es alſo da, daß der Anleiher in dem beſondern Verpfänden gewiſſer Gegenſtände eine beſondere Sicherheit zu finden glaubt! Aber auch nach richtigen Anſichten kann ſie mehrfach dadurch gewährt werden. Denn das generelle Conventional-Pfand geht doch am Ende nicht auf alle Güter, alſo kann es bedeutend ſeyn, wenn eben dieſe ausgenommenen Sachen noch beſonders dem Pfandrecht unterworfen werden, z. B. ein gutes Corpus juris eines völlig verarmten Rechtslerners oder Rechtslehrers. Sodann wird dadurch, wie ſchon oben bemerkt iſt, dem Verpfänder das Nichtveräußern einer Mobilie zur Pflicht gemacht [40]). Endlich aber iſt das Wichtigſte, daß ſich der Richter bei einer Statt gehabten Special-Verpfändung auf allen Fall der gnädigen Schonung und des Arbitrirens zu enthalten hat, wodurch bei uns vielleicht eben ſo viele Gläubiger ins Verderben geſtürzt ſind, als durch den Vermögensverfall ihrer Schuldner.

---

38) S. oben Note 1.

39) Ich für meinen Theil glaube freilich nach meinem Pand. Syſt. §. 667. nicht an dieſe Lehre.

40) Noch Einiges mehr gibt v. Schröter a. a. O.

Dieß vorausgeſetzt glaube ich nun mit vollem Rechte ſagen zu können: die, einer General-Verpfändung folgende Special-Verpfändung hat als bloße Verpfändung an ſich großen Werth und große Bedeutung. Nehmt alſo den Vertrag wörtlich, weil er ſo einen ſehr guten Sinn hat. Das Subintelligiren eines andern Vertrages iſt hier ganz unjuriſtiſch. So Etwas darf man wohl thun, wenn der Buchſtabe keinen Sinn darbietet, und doch eine gewiſſe Abſicht der Parteyen vorauszuſetzen iſt; aber niemals darf es geſchehen, wo der Vertrag an ſich einen guten Sinn gibt, und wo man nicht nebenbei ſieht, daß die Abſicht der Parteyen auf etwas Anderes gegangen iſt.

2) Betrachten wir nun den zweiten denkbaren Fall, daß dem Gläubiger auf ſeine Propoſitionen zu dem General-Pfande noch hinterher ein Special-Pfand bewilligt ward, ſo muß die Sache ganz auf eben die Art genommen werden, wie in dem vorigen Fall, theils aus ganz gleichen Gründen, insbeſondre aber noch deswegen, weil Derjenige, welcher Etwas bedingt, und nicht Etwas nachläßt, aller Vernunft zufolge nicht als ein Solcher behandelt werden kann, welcher eine, durch die Worte gar nicht ausgedrückte Beſchränkung ſeiner Rechte bezweckte.

Was endlich

3) den, nun noch möglichen letzten Fall betrifft, den Fall nämlich, wenn es im Unklaren iſt, ob der Verpfänder, oder der Pfandgläubiger der Proponent war, ſo kann darüber kein Zweifel ſeyn. Denn Einer der beiden Theile muß doch der Proponent geweſen ſeyn. Gilt mithin Daſſelbe, wenn der eine, oder der andere Theil erweislich der Proponent war, ſo muß auch die Wirkung dieſelbe ſeyn, wenn es im Dunkeln liegt, von welcher Seite die Einleitungen zu dem Geſchäfte ausgingen.